

Sobre la limpieza de las acequias y cuyas es el agua dellas. v.e. sese d. 155

22

POR EL CONCEIO DEL LVGAR DE DILAR.

EN EL PLEYTO

Con el Concejo del lugar de Otura.

SOBRE

La limpieza de la azequia que llaman de Otura.

Impresso en Granada, en la Imprenta de la Real Chancilleria, por Francisco Heylan. Año 1625.



L concejo de Otura, que es actor en este pleyto, pretende por su demanda, que el concejo de Dilar ha de limpiar esta azequia, porq̃ se aprouecha della, y satisfazerle el daño que dize recibio, por auerse quebrado e inũdado algunas tierras de vezinos del dicho lugar de Otura, con la fuerça del agua, y auenidas de las dos azequias de Dilar, que entraron en ella en 30. de Abril del año passado de 620.

Y el concejo de Dilar se defiende, cònque no tiene obligaciõ, ni costumbre de limpiar la dicha azequia, y que de tiempo inmemorial la ha limpiado el concejo de Otura, desde que la toma del rio de Dilar, hasta que entra en el termino de Otura, y lo mismo han hecho los lugares de Alhendin y Gojar, en otras dos azequias que sacan del mismo rio por el termino de Dilar.

Pronunciose sentencia de vista, por la qual se mãda, que el concejo y vezinos del lugar de Dilar limpien la dicha azequia a costa suya, en todo lo que corre y passa por el termino del dicho lugar de Dilar, y absuelue y da por libre al dicho concejo de lo contra el pedido por el de Otura, en razon de los dichos daños.

De que ambas partes han suplicado, Dilar de no darle por libre en todo de la demanda de Otura: y Otura de no auer condenado a Dilar en los dichos daños: y el pleyto està concluso, sobre confirmar, o reuocar la dicha sentencia.

Quo præhabito, este pleyto tiene dos partes, vna que mira a la limpieza de la azequia, y otra que mira a los daños que Otura pide.

La determinacion de la primera parte, consiste en aueriguar a qual de los dos concejos que litigan

le

le incumbe la limpieza desta azequia. Otura dize, que por ordenança desta ciudad le incumbe a Dilar. Y Dilar, que por derecho, por costumbre, y ordenança està libre desta obligacion, y Otura sujeta a ella, y asi solo ay que examinar, qual de los dos concejos justifica lo que alega.

Y para esto se han de presuponer dos cosas, vna en el hecho, y otra en el derecho. La del hecho es, q̃ el rio de Dilar passa por el termino de aquel lugar primero que por otro alguno, porque està mas propinquo a la sierra, donde el dicho rio tiene su nacimiento, y su corriente se aumenta con el agua de muchas fuentes que nacen en el propio termino, y media legua, poco mas, o menos, antes del lugar se tomã dos azequias, para el riego de las tierras y heredades de los vezinos del, que son las primeras, y las mas altas que del dicho rio se sacan, y luego vn poco mas abaxo se toma la de Otura, sobre que se litiga, y despues della la de Alhendin, y por esta parte del rio hàzia Granada la de Gojar, y todas cinco atrauiesan por el termino y heredades de Dilar.

el agua es de aquel en cuya tierra naçe.

Y en el derecho se ha de presuponer, que el agua es de aquel en cuya tierra nace, & cedit eius commodo, l. fluminum, §. fin. l. proculus, ff. de damn. infect. l. præses, C. de seruitu. & aqua, Paris. cons. 112. num. 1. volum. 1. & cons. 129. nu. 1. volum. 4. Cœpol. de seruitu. rusti. præd. cap. 4. de aqueductu, nu. 28. & 51. Ioann. Francisc. Capiblancus in tract. de authoritate varonum, pragmatica 8. num. 205. Hõdede. cons. 79. num. 18. lib. 1. Bursat. consil. 41. nu. 12. & 18. lib. 1.

Las aguas q entran en my predio son mias.

Et eodem modo aquæ, quæ ingrediuntur prædiũ, seu territorium meum efficiuntur meæ; l. 1. §. illud Labeo. l. Lucio, ff. de aqua quotidia. & æsti. l. 1. §. 2. ff. de fluminibus, Bar. Ias. & reliqui, in l. quominus, eodem titu. idem Ias. cons. 150. num. 16. volum. 1. Boer. decis. 352. num. 5. Deci. cons. 244. num. 3. Aluer. Brun. cons. 140. in princ. Francis. Mar. decis.

345.

345.num.2.tom.2.Menoch.cons.909.num.38.Paris.d.cons.112.num.2.& 5.Craue.cons.412.num.3.Anton.Thesaur.decis.245.num.2.Caualcan.decis.5.num.27.& 36.par.5. vbi firmat aquam siue publicam, siue priuatam profluentem, & perueniẽtem infra terminos, & iurisdictionem alicuius fieri ipso iure domini eiusdẽ iurisdictionis, etiã si perueniat per aquæductum ab illis factum, qui sunt loci inferioris.

Un rio es pu.co y comun hasta entrar en predios particulares.

Et inde est, que aunque este rio de Dilar, por ser peremne, y no nauegable, se reputara por publico y comun, antes de entrar en el termino del dicho lugar de Dilar, y se pudieran aprouechar del las personas que quisieran, iuxta l.fluminum, in princ. ff. de damno infect.l.nemo, in fin.l.Riparum, ff.de rerum diui. perdio aquella calidad, y se hizo priuatiuo, y del concejo y vezinos del lugar de Dilar por el ingresso de sus terminos, en tanto que corre por ellos, vt explicant Bart.Ias.Alexan.Brunus, & alij, quos recenset & assectatur Deci. dict.cons.244.n.2.& 3. Caualcan.d.decis.5.num,27.elegãter Paul. cons.358.num.1.par.2.ibi: *Et postquam ingreditur territorium de vrago est illorum, & sic est aqua priuata nõ publica, quia per priuata territoria, & loca discurrir, &c.* & sequitur Boer.præfata verba referens dict.decis. 352.num.5. Por manera que el lugar de Dilar y sus vezinos tienen fundada su intencion en derecho, para que les pertenezca toda el agua deste rio, y puedan aprouecharse della priuatiuamente, desde que entra, hasta que sale de su termino, sin que otro lugar, ni otras personas puedan vsar, ni aprouecharse della contra la voluntad del dicho lugar de Dilar, & de iure nostro ita sancitum est, in l.9.tit.28.parti.3.ibi: *Apartadamente son del comun de cada vna ciudad, o villa las fuentes, &c.* Et paulò post, ibi: *Ca todo ome que fuere, i morador, puede vsar de todas estas cosas sobredichas, e son comunales a todos, tambien a los pobres, como a los ricos, mas los que fuessen moradores en otro lugar,*

gar,

gar, non pueden vsar dellas contra la voluntad y defendimiento de los que morassen, y, & notat Gregorius in l.6.eiusdem tituli, glos.1. ibi: *In particulari tamen flumina sunt earum ciuitatum, per quarum territoria transit flumen: nam vnum & idem territorium est, quod eminet super aquas, & quod emergit aquis*, & in l.68.glos.11. tit.18.part.3.ibi; *In regno isto flumina sunt libera ciuitatibus, & locis perque transeunt.*

Y en consequencia desto pueden el concejo, y vezinos de Dilar diuertir las aguas del dicho rio, y retenerlas, y aplicarlas al riego de sus tierras, y a los demas vsos y aprouechamientos que les pareciere, en perjuyzio de los vezinos de Otura, dueños de las otras tierras inferiores, ad quas aqua descendit, modo faciant, vt prædijs suis consulát, nõ vt alijs obsint, l.1.§.illud Labeo, ff. de aqua quotidia. & æstiu. l.1.§.denique, el 1.l. si in meo fundo, ff. de aqua plub. arcend. d.l. Proculus, l. fluminum, §.1.& ibi Bart. & Paul. ff. de damn. infect. idem Bar. in l. quominus, q.14.num.25. Ias. num.88.& 91.ff. de flumin. Bald. in l. aquam, in princ. C. de seruitut. & aqua; & cons.241.num.2.volum.2. Decius omnino videndus, d.cons.244.num.3.& per totũ, pulchrè Socin. Iun. cons.60.num.10.& 68.volumin.3. quem refert & sequitur Flami. de Rube. d.cons.49. num.84. Paul. d.cons.357.in fin. lib.2. Cepol. d.c.4 de aquæductu, num.52. Menoch. cons.909. nu.38. Surd. cons.127.num.17. Mascard. de probationib. volum.1. conclus.127.num.2. Caualcan. decis.23. num.113.part.2.& decis.5.num.49.part.5. Capiblancus d. pragmat.8.num.205.& 206.vbi ait, vicinum inferiorem conqueri nõ posse, licet dominus fundi superioris mutauerit decursum aquæ.

Destos presupuestos, y de ser el agua y aprouechamiento deste rio, del concejo, y vezinos del lugar de Dilar, en tanto que corre por su termino, resulta que la parte contraria no pudo adquirir derecho para entrar a sacar azequia del en el termino

es menester lic.ª real para sacar una acequi por termino ajeno

de Dilar, quitando el agua que por ella lleua al cõcejo y vezinos del dicho lugar de Dilar, y atraueſſando con ella por medio de ſus haziendas, ſino es por priuilegio y conceſsion Real, ad text. in l. eos qui, 3. & in l. ſi quis per diuinam, 5. C. de aqueductu, lib. 11. o por via de ſeruidumbre, iuxta l. 1. ibi: *Seruitutes ruſticorum prædiorum ſunt hæc, iter, actus, via, aqueductus*, cum alijs, ff. de ſeruitut. ruſtic. prædior. l. refectionis, ff. communia prædior. l. qui fundum, ff. quemadmod. ſeruitut. admittan. l. 2. C. de ſeruit. & aqua, ibi; *Si aquam per poſſeſsionem marcialis, eo ſciente, duxiſti, ſeruitutem exemplo rerum immobilium tempore quæſiſti*, l. & in prouinciali, l. ſi manifeſtè, cũ alijs, eodem tit. l. 4. tit. 31. part. 3. ibi: *Siruenſe las heredades las vnas por las otras, auiendo entradas, e carreras por ellas, ſegun diximos en la ley antes deſta, e aun ſe ſiruẽ en otra manera, aſsi como por azequias, e por los otros ciertos lugares por do paſſan aguas para molinos, o para regar huertas, e las otras heredades.*

Servitus q[ui]b[us] mo[d]is adquiritur

Eſta ſeruidumbre, y otra qualquier eſpecie della ſe adquiere en tres maneras, o por vẽta, conceſsiõ, y cõſentimiẽto expreſſo del dueño del predio, y tierras ſeruientes, o por legado de ſu teſtamẽto, o por coſtumbre, y preſcripcion legitima. §. fin. inſtit. de ſeruit. ruſtic. prædi. l. ſi partem, in princip. ff. quemadmod. ſeruitu. mittan. l. & in prouinciali, C. de ſeruitut. cum ſimilibus, l. 14. d. titu. 31. part. 3. ibi; *Pueden ſer pueſtas en alguna de tres maneras. La primera es, por otorgamiento que fazen aquellos cuyas ſon las coſas, otorgando de ſu voluntad ſeruidumbre en ellas a otros, por fazerles amor, o por precio que reciben dellos. La ſegunda es, la que fazen los homes en ſus teſtamentos, aſsi como quando dize: Quiero que la caſa de fulan aya tal ſeruidumbre en eſta mi caſa, que nunca ſea mas alçada de lo que es agora, o que pueda meter vigas en las paredes della, o otorgandole otra ſeruidumbre ſemejante deſta, que, y, ouieſſe, aſsi como ſi otorgaſſe a alguno que ouieſſe carrera en ſu heredad para entrar e ſalir, o traer agua por ella para regar la ſuya, o en*

otra

otra manera semejante destas. La terceera es, quando ganan los homes seruidumbres en cosas, o en heredamiẽtos por vso de tiempo, &c.

Otura no pretende que por concession, y priuilegio Real, le pertenezca la azequia que de Dilar saca, ni le tiene, y assi es preciso que la aya adquerido por concession del concejo de Dilar, o por prescripcion, y en qualquiera de las dos maneras q̃ aya sido, està a su cargo el limpiar, y conseruar la dicha azequia, porque de derecho incumbe esto al q̃ goza de la seruidumbre, y no al que la padece, l. quoties, §. seruitium. ff. de seruitut. dict. l. refectionis, ff. commun. prædi. ibi: *Refectionis gratia accedendi ad ea loca, quæ non seruiant. facultas tributa est ijs, quibus seruitus debetur.* Et inverl. *Si per tuum*, ibi: *Si per tuum fundum ius mihi est aquam riuo ducere, tacitè hæc iura sequũtur, vt reficere mihi riuum, licet, vt adire quamproximè possim ad reficiendum eum, ego fabrique mei, item, vt spatiũ relinquat mihi dominus fundi, quo dextra, & sinistra, ad riuum eam, & quo terram, limum, lapidem, arenam, calcem iacere possim.* l. in summa, §. apud Labeonem, & ibi Bar. ff. de aqua pluu. arcen. l. & si fortè. §. etiã, ff. si seru. vendi. ibi: *Nam in omnibus seruitutibus refectionem ad eum pertinere, qui sibi seruitutem asserat, non ad eum cuius res seruiat*, l. 4. d. tit. 31. p. 3. ibi: *E porende dezimos que aquellos que ouieren tal seruidumbre en la heredad agena, que deuen guardar, e mantener el cauze, o la azequia, o la canal, o el cañon, o el lugar por do corriere el agua*, vbi animaduertit Gregor. glos. 2. verbo, *El cauze*, Cepol. dict. cap. 4. de aqueductu, num. 90. Caualcan. decis. 4. num. 68. & 69. & decis. 6. num. 58. & 59. part. 5. Paul. in dict. l. quoties, §. seruitium, numer. 1. & in l. & si fortè, num. 2. ff. si serui. vendi. Beroi. cons. 139. num. 32. volum. 3. ibi; *Illud quoque dicere non omittam, quod data seruitute, & iure deriuandi aquas ad locũ posse genioli, vel ex naturali cursu, vel quia memoria in contrarium non existat, illustrissimus Dux tenetur pati, vt licitum sit habentibus seruitutem locum illũ*

in

el q̃ goza dela [azequia] a de limpiar la azequia.

in pristinum statum reducere, & conseruare, absque expensis ipsius Ducis. Ripa responso, 7. num. 13. & sequen. lib. 2. Florian. in l. iter. C. de seruitut.

Y si Otura adquirio esta azequia y seruidumbre por concessión de Dilar, como es verissimil, reterni a Dilar para si, y sus vezinos el vso, y aprouechamiento que della tienen desde las tres de la tarde, hasta puestas de sol, sin obligacion de limpiar la dicha azequia, y assi se ha de presumir por la assistēcia que siempre se ha tenido, quia à primordio tituli posterior formatur euentus, l. quædam mulier, & ibi glos. fina. & sciuentes, ff. de reiuendicat. l. rusticorum, §. 1. ff. de seruitut. rusticor. prædior. ibi: *Aqueductus, vel haustus aquæ per eundem locum, vt ducatur, etiam pluribus concedi potest, potest etiam, vt diuersis diebus, vel horis ducatur.*

Y si la adquirio por possession, y costumbre, ha sido con aquella limitacion y calidad, de que Dilar se aproueche aquellas horas de la dicha azequia, pues toda el agua della era suya, y que la limpie Otura, porque goza della el demas tiempo del año. Y no puede pretēder agora mayor aprouechamiē to, ni mudar el vso, y estado de las cosas, estendiendo la prescripcion alo que nunca tuuo, ni adquirio: quia tantum præscribitur, quantum possidetur, l. 1. §. si quis hæc interdicto, ff. de itinere actuque priu. l. sine possessione, ff. de vsucapion. Ias. in l. 3. §. possideri, num. 35. ff. de acquirend. possessione, Menochius cons. 612. num. 2. Y queriendo valerse para esta prescripcion de la possession de sus predecessores, como es fuerça que se valga, ha de recebirla cō las mismas calidades que ellos la tuuieron, que fue limitada, y con la carga de la limpia, y reparos de la azequia, Iacobus de Puteo decisione 365. nu. 12. ibi: *Circa secundum fuit resolutum, quòd si Dux Ferrariæ volebat coniungere tempus Nicolai, cum tempore suo, debebat illud cum suis qualitatibus acceptare.*

Prætereà, en las cosas que miran a las seruidum bres,

n Materia de ser
vidumbres s(e) ha de
(es)tar a la costum
bre y Antiguedad
del t(iem)po.

bres, y aprouechamientos de las aguas, se està a la costumbre y antiguedad del tiempo, y aquello se obserua y continua q̃ se ha vsado, y guardado siempre, sin que se pueda alterar; ni hazer nouedad en ello, l. 1. §. denique, ait, ibi: *Si tamen agri lex non inueniatur vetustatē vicē legis tenere*, l. in summa, in princip. ibi: *Tria sunt, per quæ inferior locus superiori seruit, lex, natura, loci, vetustas, quæ semper pro lege habetur minuendarum, scilicet, causa*, l. fin. ibi: *Quibus vetustas authoritatem daret licet, iure non probetur*. ff. de aqua plub. arcen. l. hoc iure, §. ductus aquæ, ff. de aqua quotid. & æstiu. l. si manifestè. 7. C. de seruitut. & aqua, cuius verba sunt; *Si manifestè doceri possit, ius aquæ ex vetere more aquæ obseruatione per certa loca profluentis vtilitatem certis fundis irrigandi causa exhibere, procurator noster, ne quit contra veterem formam, atque solemnem morem innouetur, prouidebit*, & obseruant Cepol. d. cap. 4. de seruitut. aqueductus, numero. 9. ad finem, ibi: *Ego in hoc articulo ita distinguerem, aut est lex, vel consuetudo declarans quis debeat purgare locum publicum, & cuius expensis, & illa est seruanda, &c.* & num. 91. ibi: *Si vero loquimur de aqua priuata, & tunc aut est propria, & nulli debet seruitutem, & domino incumbit onus purgandi sumptibus suis, aut debet seruitutem alteri, & regulariter in omnibus seruitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi seruitutem asserit, non ad eum cuius res seruit*, Bartul. in l. 1. §. denique, num. 1. ff. de aqua plub. arcen. ibi: *Ex quo habes, quod antiquitas habet vim legis*, Beroius cons. 139. num. 10. & 11. lib. 3. Hippolyt. Riminald. cons. 24. num. 4. ibi: *Quia in huiusmodi aquis, & aquarum commoditatibus standum est antiquitati, & consuetudini*, & cons. 86. num. 15. lib. 1. vbi ex Bal. ait, quod in pascuis, pontibus, & aquis standum est antiquitati, Ruin. cons. 191. num. 7. volum. 1 Alexand. cons. 203. num 7. lib. 6.

Y esta costumbre, y antiguedad la tiene Dilar prouada con mucho numero de testigos, en la tercera pregunta de la instancia de vista, y en la 3. y 4.

de las dos prouanças que ha hecho en reuista, y no auia menester prouança, porque el cōcejo de Otura, y sus oficiales tienē confessado por peticiones, que siempre ha limpiado su azequia desde la parte donde se saca del rio hasta el termino del dicho lugar de Otura, y que nunca Dilar ha limpiado.

De que resulta no poder justificar Otura su pretension, y demanda para que Dilar limpie la azequia, sobre que es este pleyto, por dezir que sus vezinos se aprouechan della, pues con essa carga adquirio Otura la seruidumbre de la dicha azequia, y ha estado en costumbre de limpiarla a sus expēsas, con que concurren otras circunstancias, que del todo allanan la justicia del concejo de Dilar.

La primera es, que el medio principal con que Otura pudo adquirir la seruidūbre desta azequia, es auerla fabricado, conseruado, y limpiado hasta aora, vt animaduertunt Paris. cons. 112. num. 39. lib. 1. ibi: *Vel quando inferior ingressus fuisset fundum superioris, & aquam, vel riuum purgasset domino superioris fundi præsente, sciente, & patiente, nec requisito, istis enim actibus præcedentibus, post modum præscribens diceretur iure seruitutis, & iure suo præscribere.* Mascard. tom. 1. de probation. conclus. 23. num. 17. & 18. ibi: *Vel quod inferior ingrederetur fundum superiorem, & aquam cæpisset, vel riuum purgasset domino sciente, & patiente.*

La segunda es, que aunque esta azequia fuera en propiedad de Otura, huuieran adquirido los vezinos de Dilar derecho, y seruidumbre para aprouecharse della, sin obligacion de limpiarla, por el largo vso, y costumbre que desto se ha tenido siēpre, pues con ella sola, sin otro titulo alguno, se ha apoderado Otura desta azequia, sacandola del rio, y termino de Dilar, donde los vezinos de aquel lugar la auian de gozar priuatiuamēte, militat nāq; eadem ratio in vtroque casu, y todos los derechos, y autores que fauorecen a Otura, para no poder

diui-

diuertirle, ni quitarle esta azequia, hazen en fauor de Dilar, para no poder impedirle el aprouechamiento que della ha tenido las horas que le tocan, sin grauarla agora con el cargo, y gasto de la limpieça.

La tercera circunstancia es, que por atrauesar esta azequia todo el termino de Dilar, no pueden los vezinos de aquel lugar baxar el agua de sus dos azequias para regar con ellas las tierras que riegã con la de Otura, porque estan las dichas tierras en la parte inferior de la dicha azequia de Otura, y cõ ella se impide el passo del agua de las otras dos, y a no interponerse aquella, y causar este impedimento regaran todas sus tierras, y heredades cõ las dichas dos azequias, porque son copiosas, y bastantes para ello, sin tener necessidad de otra agua, como lo prueua Dilar en esta instancia de reuista, en la segunda, y sexta preguntas, y asi tuuo Otura obligacion, quando hizo su azequia de ofrecer a los vezinos de Otura el agua que della huuiessen menester para suplir el riego que les quitaua, porq̃ de otra manera se la pudieran impedir, y demoler: argumento text. in l. si eo loco, 9. ff. si serui. vendi. ibi: *Si eo loco per quem mihi iter debetur, tu ædificaueris, possum intendere ius mihi esse ire agere, quod si probauero, inhibebo opus tuum.*

La quarta es, que esta azequia, como ya queda aduertido, passa por las tierras, y heredades de los vezinos de Dilar, y en ellas causa mucho daño, porque con el agua que se trasuina, y reuierte, humedece tanto las tierras mas proximas, y circunuezinas, que las haze inutiles, e infructuosas, y es justo que compense este daño Otura, dandoles riego para las demas, iuxta l. 1. §. denique, ff. de aqua plub. arcend. vbi commodum compensatur cum incommodo.

La quinta es, que en recompensa del agua que para este riego toman los vezinos de Otura, le dã

las

las sobras, y remanentes de sus dos azequias, y entran en la de Otura mucho antes que llegue al termino de aquel lugar, ni los vezinos del comiencen a regar, y a aprouecharse de la dicha azequia, con que se aumenta mucho, y les es de grandissima vtilidad, como por parte de Dilar està prouado en la tercera pregunta desta instãcia de reuista, & sic non est, de quo conqueri possit non eum sequi debet onus quem sequitur commodum, §.cum & agnatos institu.de legitima patron.tute.l. manifestissimè, §.cum autem, C.de furtis, l.vnica, §.prosecũdo, C.de cadu.tollen.cap.charitatem 12. quæst. 2.

La sexta es, que su Mageſtad vendio a los vezinos de Dilar las suertes, y haziendas de aquel lugar con sus entradas, y salidas, vsos, y costumbres, derechos, y seruidumbres, de que consta por la escritura de venta que Dilar ha presentado despues que se vio este pleyto, y cõ testigos tiene prouado en la sexta pregunta desta instancia de reuista, que al tiempo de la dicha venta estaua Dilar en la costumbre, y possession que queda referida de aprouecharse de la azequia sobre que es este pleyto, sin obligacion de limpiarla, y con el contracto, y titulo de su Mageſtad, y el transcurso de mas de cinquenta años que despues del han passado, tiene prescrito qualquier derecho que contra aquel cõcejo, y sus vezinos, se pudiera pretender, ad text. in l.bene A zenone. C. de quadrienij præscript. y aun sin titulo se huuiera causado la misma prescripciõ, ex l.sicut, l.omnes, C.de præscrip.30.vel 40.anno. l.9. & 30.tit.30.p.3.

La septima circunstancia es, que Dilar se aprouecha de las azequias de Alhendin, y Otura, que tambiẽ passan por su termino, en la misma forma, y horas que de la de Otura, y por la misma razon, sin limpiar ninguna dellas, como lo prueua en la quinta pregunta desta instancia de reuista; argumento llano que fue pacto, y assiento que con todos

todos aquellos lugares hizo quando permitio que sacassen de su rio, y por su termino las dichas azequias, y militando con todos vna propia razon, no ha de ser Otura de mejor condició que los demas, sed idem ius erga omnes statuendum est, l. illud, ff. ad legem aquil.

La octaua es, que passando como passa la azequia de Alhendin por el termino de Otura, en el qual los vezinos de aquel lugar se aprouechan de ella, no limpian aquel espacio, y pertenencia en q̃ la gozan, sino que la limpia Alhendin, desde su principio hasta que entra en el dicho lugar de Alhendin, como lo declaran los testigos de Dilar en la quinta pregunta desta instancia de reuista, y no ha de querer vna ley para si, y otra para Dilar cõtra la equidad, y regla de la l. 1. & per totum, tit. C. quod quisque iuris, cap. cum omnes de constit.

La nona circunstancia es, que Otura goza desta azequia todo el año, de dia, y de noche, porque no tiene otra agua para beuer, y para el gasto y limpieça del lugar, como en sus posiciones lo declaran los oficiales de aquel concejo, y los vezinos de Dilar riegan muy pocas tierras con ella, y solo la gozan tres meses, poco mas, o menos del Verano, desde visperas, hasta puestas de sol tres horas poco mas, que es la octaua parte del dia natural, cosa de poca consideracion, pues le quedan a Otura mas de veynte horas del dia para aprouecharse della; respeto de lo qual se puede dezir, que es azequia continua, y cotidiana suya, vt considerat consultus in d. l. 1. §. duo autem, ff. de aqua quotidian. & æstiu. ibi: *Ea quoque dicitur quotidiana, cuius seruitus intermissione temporis diuisa est.* Y querer obligar a Dilar a que por tan poco aprouechamiẽto tenga a su cargo la limpieça de la dicha azequia todo el espacio que corre por su termino seria iniquidad, y desigualdad manifiesta, y dar ocasion

ſion a que Alhendin, y Otura pretendan lo miſmo, y Dilar ſe deſpueble, porque ſerà impoſsible poder ſuſtentar tan grande gaſto, que montara mas de trecientos ducados en cada vn año, ſin otros dozientos que gaſta en la limpia, y reparo de ſus dos azequias, como lo tiene prouado en la 5. pregunta de viſta, y la nona de reuiſta, ſiendo aſsi que con el gaſto de la dicha azequia de Otura, no ſe eſcuſa Dilar del de ſus azequias, ni conſigue tanto beneficio, como conſiguiera de regar con ellas todo ſu termino, a no ſe lo impedir la de Otura que las ataja; y cierto ſeñor que a mi entender eſta razõ baſtaua, aunque no huuiera otra para dar por libre a Dilar deſta demanda, quanto mas auiendo tantas.

Y bien reconoce el Abogado de Otura el poco fundamento della, porque en ſu informacion ſolo quiere juſtificarla con la ordenança que dize tiene eſta ciudad, para que cada vezino limpie la azequia que alindare con ſu hazienda, quaſi tacite fateatur aliud eſſe de iure communi, pues no ſe vale del, ni alega mas que la dicha ordenança.

Actus mere facultatis non prescribitur.

Y de la fuerça de la coſtumbre que haſta aqui ſe ha tenido quiere euadir a Otura con dezir que el auer limpiado ſu azequia ha ſido acto de mera facultad, el qual por ningun tiempo ſe preſcribe, ni prejudica, vt tradunt Cœpola d.cap.4. de ſeruitut.aquedu.nu.40.& 41. Theſaur. d.deciſ.245. num.3. Rota dict.deciſ.164. num.1.tom.2. ſacri palatij, cum alijs quorum memorat aduocatus metipſe.

Ordenança no confirmada no se executa

Pero en quanto a la ordenãça no es defecto alguno, porque ni tiene data, ni eſtà confirmada por ſu Mageſtad, & per conſequens exequi non poteſt, l.14.tit.6.lib.3.recopil. & ex veriori ſententia tradunt poſt plures Gracian. regul. 434. Auiles in capitulis prætorum, cap.17. verbo, proueer

ueer ſobre ello, à num. 1. fol. mihi 187. Gutierr. de iuramento confirmat. 1. part. cap. 38. à num. 1. Gregor. Lopez in l. 12. gloſſ. 1. verbo, ſobre las gentes de ſu ſeñorio, tit. 1. part. 1. Bobadilla in ſua politica, lib. 2. cap. 17. num. 128.

Et inſuper, habla con los lugares de la vega, y Dilar no lo es, ſino dela ſierra, y eſtà al pie della, y aſsi jamas ſe ha guardado, vſado, ni practicado en el la dicha ordenança, ni los Alcaldes de las azequias entran, ni hazen denunciaciones en aquel lugar, y ſu termino, como por ſu parte eſtà copioſamente aueriguado en la ſeptima, y octaua preguntas deſta inſtancia de reuiſta.

Y en quanto aſsi el auer limpiado Otura ſu azequia es acto de mera facultad, aunque el Abogado contrario ſe canſa en apoyarlo, no cita texto, ni autor que lo diga en terminos, ſino el Brocardico vulgar, quod actus mere facultatis non inducunt obligationem, nec præſcriptionem, lo qual no negamos, pero dezimos que no es aplicable a eſte caſo, porque como dexamos fundado para adquirir Otura la ſeruidumbre de ſu azequia, tuuo neceſsidad de fabricarla, y limpiarla, y la tiene de hazer lo miſmo de aqui adelante, como dueño de la dicha azequia, y ſeruidumbre, ſin que eſta carga incumba a Dilar, y ſus vezinos, y quando vno eſtà obligado al acto, no ſe puede dezir que conſiſte en ſu voluntad hazerle, o no, vt refert conſultus in l. liuertas, ff. de ſtatu homin. & inſuper, ya eſtà formada, y conſtituyda coſtumbre, que obliga a ſu obſeruancia, como todas las demas, que aunque al principio ayan conſiſtido en actos voluntarios, prout fere omnes conſiſtunt, quia ſunt præter ius, l. de quibus, ff. de legibus, deſpues de formadas, y preſcriptas, obligan como las leyes, l. de quibus, ff. de legib. ibi: *De quibus cauſis ſcriptis legibus non vtimur, id cuſtodiri oportet, quod moribus,*

et

& consuetudine introductum est. Et ibi: *inueterata enim consuetudo pro lege non immerito custoditur*, l. consuetudinis, C. quæ sit longa consuetudo, cap. 2. c. cum olim. c. cum dilectus, l. 4. l. 5. l. 6. ibi: *E aun a fuerça de ley*, tit. 3. part. 1. quibus absoluitur hæc prima pars.

Y en quanto a la segunda que mira a los daños, no ay para que cansar a v.m. porque no ay prouança dellos, y tiene Dilar aueriguado en la sexta pregunta de la prouança de vista, y en la octaua de reuista, que el auerse rompido la azequia de Otura, fue por las grandes auenidas del rio, como se rompieron otras muchas, y que el reparo della no costò mas que ocho reales, por manera que a Dilar, y sus oficiales no se le puede imputar culpa alguna, y quando la tuuieran se les auia de pedir a ellos, y no al concejo, que no delinquio.

Con lo qual la justicia de aquel lugar queda bastantemente fundada, para que se determine conforme a su pretension. Salua, &c.

